

POSTANOWIENIE
z dnia 13 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Emil Kawa**
Członkowie: **Ewa Kisiel**
 Marek Koleśnikow

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 13 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 02 lutego 2017 r. przez wykonawcę: Konsorcjum **TINES CONSTRUCTION Sp. z o. o. – Lider; Taumer Sp. z o. o. – Partner, ul. Ciepłownicza 23,31-574 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Lubuski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Zielonej Górze ul. Ptasia 2B, 65-514 Zielona Góra**

przy udziale wykonawcy: Konsorcjum Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „FRANSŁAW” P. K. –Lider oraz Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” sp. z o.o. ul. Towarowa 12-14, 58 – 100 Świdnica

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Konsorcjum **TINES CONSTRUCTION Sp. z o. o. – Lider; Taumer Sp. z o. o. – Partner, ul. Ciepłownicza 23,31-574 Kraków** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Lubuski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Zielonej Górze, dalej zwany „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, na wykonanie robót budowlanych w zadaniu pn.: „Rzeka Nysa Łużycka - budowa obwałowań prawostronnych na wysokości miejscowości Przewóz”, nr ref. Mi.204.2.2016.KR. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP nr 372042 - 2016 z dnia 2016-12-22 r.

W dniu 30 stycznia 2017 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta złożona przez Konsorcjum FRANSŁAW. Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca Konsorcjum firm TINES CONSTRUCTION Sp. z o. o. – Lider; Taumer Sp. z o. o. – Partner, którego oferta została oceniona przez Zamawiającego jako trzecia w rankingu oceny ofert wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej z przez Konsorcjum FRANSŁAW oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej z przez Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F. ul. Kolejowa 1-82,46-040 Ozimek. Wskazał, że czynności zamawiającego polegające na uznaniu za najkorzystniejszą ofertę Konsorcjum FRANSŁAW podlegającej odrzuceniu, a także nieodrzuconie oferty ZUHM Ferenc, zostały dokonane z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jako podstawę prawną zaniechania odrzucenia ofert Konsorcjum FRANSŁAW oraz Zakład Usług Hydrotechniczno- Melioracyjnych W. F. wskazał na przepis art. 91 ust.1 i art. 89 ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp .

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Postępowanie zostało wszczęte 22 grudnia 2016 roku. (ogłoszenie nr 372042 w Biuletynie Zamówień Publicznych), w związku z tym do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 3 063 927,07 zł (pismo Zamawiającego w aktach sprawy). Stanowi to równowartość 733 891,13 euro. Wartość zamówienia jest zatem niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.

11 ust. 8 ustawy Pzp, zgodnie bowiem z § 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2015 r. poz. 2263 z późn. zm.), wartość takich zamówień roboty budowlane wynosi równowartość 5 225 000 euro, co stanowi równowartość 21 813 853 złotych.

Izba na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników działając w oparciu o przepis art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 4 i 6 ustawy Pzp, dotyczy bowiem innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Niewątpliwym jest, że pomimo tego iż odwołujący nie wskazał jako podstawy prawnej postawionych zarzutów przepisu art. 180 ust. 2 pkt 4 i 6 to jednak zarzucił zwanemu zaniechanie odrzucenia ofert złożonych w postępowaniu przez Konsorcjum FRANSŁAW oraz ZUHM F., a także uznania oferty Konsorcjum FRANSŁAW jako najkorzystniejszej, co wyczerpuje znamiona ww. przepisu.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2. Stosownie zaś do przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w brzmieniu po nowelizacji która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r., jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Istotą tego odwołania są zarzuty zaniechania odrzucenia ofert wykonawców z postępowania, co nie mieści się w katalogu określonym art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Poza sporem jest kwestia, iż wykonawca w postępowaniach podprogowych może kwestionować tylko czynność zamawiającego w zakresie odrzucenia jego własnej oferty, a nie zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy. W przetargach poniżej progów unijnych nie obowiązuje ogólna zasada, że można skarżyć każdą czynność zamawiającego niezgodną z prawem. W przetargach poniżej progów można wnieść odwołanie tylko od sześciu czynności zamawiającego, które zostały określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Zauważenia wymaga kwestia, że odwołujący kwestionując nieodrzuconie ofert Konsorcjum FRANSŁAW oraz

ZUHM F. wraz z równoczesnym zarzucaniem niewłaściwego wyboru oferty Konsorcjum FRANSŁAW jako najkorzystniejszej w postępowaniu, wskazał także pośrednio na podstawie prawną wynikającą z art. 180 ust.2 pkt 6 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu nieodrzczenia ofert ww. wykonawców z powodu zaofiarowania w ofercie rażąco niskiej ceny należy jednak zwrócić uwagę, że ustawa prawo zamówień publicznych wprost mówi o *odrzczeniu oferty odwołującego*. Tak więc poza zakresem zaskarżenia są czynności zaniechania odrzczenia oferty innemu wykonawcy.

Izba wskazuje ponadto, że w przypadku wnoszenia odwołań od czynności Zamawiającego w postępowaniach podprogowych, możliwość rozpoznania danego zarzutu należy zawsze rozpatrywać poprzez pryzmat zakresu dopuszczalności zaskarżenia wynikającego z przepisu art. 180 ust.2. Dlatego też wskazana podstawa prawna postawionego zarzutu tj art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 91 ust.1 Pzp w postępowaniach podprogowych nie jest podstawą pełną, gdyż winna być rozpatrywana w związku z art. 180 ust.2 Pzp. Zasadnym jest przywołanie postanowienia Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 2010-12-29, sygn. X Ga 448/10 gdzie Sąd wskazał że *przyjęte w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp przypadki mają wyjątkowy charakter wobec obowiązującej zasady, że w sprawach o wartości przedmiotu zamówienia niższych niż progi unijne, określone w art. 11 ust. 8 p.z.p., odwołanie nie przysługuje (...)* Natomiast *możliwość wnoszenia środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, przysługuje tylko w zakresie w jakim ustawodawca w art. 180 ust.2 dopuścił.*

Natomiast w zakresie kwestionowania wyboru jako najkorzystniejszej oferty, oferty Konsorcjum FRANSŁAW na podstawie przepisu art. 180 ust 2 pkt 6 Pzp, stwierdzić należy po pierwsze, iż taki zarzut nie został postawiony wprost w odwołaniu, a po drugie, odwołujący nie kwestionował samej oceny tej oferty w kryteriach opisanych w SIWZ, ale dopuszczenie tej oferty do oceny, której nie powinno się brać pod uwagę, gdyż podlegała ona odrzczeniu. Izba uznała, że to zaniechanie zamawiającego nie jest objęte prawem do odwołania. Jednakże poddając skrótovej analizie możliwości kwestionowania zaniechania czynności zamawiającego w oparciu o ten przepis Izba wskazuje, że analiza tego znowelizowanego przepisu i użytego w nim przez ustawodawcę sformułowania *czynność wyboru najkorzystniejszej oferty* prowadzi zdaniem Izby do wniosku, że pod pojęciem tym nie kryje się zaniechanie czynności odrzczenia oferty, a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.

Za takim rozumieniem przepisu przemawia po pierwsze wykładnia językowa art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Literalne brzmienie tego przepisu oznacza dopuszczenie zakwestionowania wyboru jako najkorzystniejszej tej oferty, która nie jest najkorzystniejsza w świetle określonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert (nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp). Definicja wyboru najkorzystniejszej oferty wynika pośrednio z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający wybiera ofertę

najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wybór oferty najkorzystniejszej należy więc rozumieć jako czynności zamawiającego polegające na zastosowaniu do oferty określonych w SIWZ kryteriów i ustalenie wyniku tej oceny w sposób skutkujący wyborem oferty. W ocenie Izby tylko tak rozumiany wybór oferty najkorzystniejszej może być przedmiotem odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego wartość jest mniejsza niż tzw. progi unijne.

Nowelizując art. 180 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca zdecydował się rozszerzyć możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach o wartości zamówienia poniżej progów unijnych, dopuszczając wniesienie odwołania również wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia oraz wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie jednak nie zostały wykreślone ani zmienione przesłanki z pkt 3 i 4, zgodnie z którymi odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności wykluczenia odwołującego z postępowania. *A contrario*, odwołanie nie przysługuje wobec zaniechania czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy, jak i wobec zaniechania czynności wykluczenia innego wykonawcy z postępowania. Możliwości zaskarżenia tych zaniechań nie można, zdaniem Izby, także wywieść z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Przepis ten nie może być interpretowany w taki sposób, że objęte są nim wszystkie czynności i zaniechania poprzedzające wybór najkorzystniejszej oferty, wówczas bowiem zbędne byłoby utrzymanie przesłanek określonych w art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, które również poprzedzają ten wybór i również dotyczą kwalifikacji podmiotowej i przedmiotowej. Nie sposób bowiem twierdzić, że racjonalny ustawodawca, działający zgodnie z zasadami prawidłowej legislacji, chcąc dopuścić możliwość wnoszenia odwołań tak wobec odrzucenia własnej oferty, jak i zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, pierwszą z tych możliwości przewidział w odrębnej podstawie prawnej, wprost tę czynność wskazując (pkt 4), a drugą z niewiadomych powodów „ukrył” w przesłance dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej (pkt 6). Przesłanka z pkt 6 ma określony zakres zastosowania, służy mianowicie zakwestionowaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza, gdyż nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo nie jest ofertą z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt, czyli nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu definicji z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Za takim stanowiskiem Izby przemawia jednolita linia orzecznicza KIO w tej kwestii, a także wyroki: Sądu Okręgowego w Gdańsku z 20 grudnia 2016 r. XII Ga 837/16 oraz Sądu Okręgowego w Płocku z 01 lutego 2017 roku sygn. akt IV Ga 1051/16 /dotychczas nie opublikowane/.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 189 ust.3 zd. Pierwsze ustawy Pzp.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

